

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS
POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/459

**Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias
perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,
del Sr. Julio Barboza, Relator Especial**

*[Original español/francés/inglés]
[4 de abril de 1994]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	142
	<i>Parrafos</i>
INTRODUCCION	1-6 143
III A Prevención	1-3 143
III B Responsabilidad	4-6 143
<i>Capítulo</i>	
I MEDIDAS DE RESPUESTA	7-22 144
A Una vez más la llamada prevención <i>ex post</i>	7-12 144
B Nuevo examen de la práctica internacional	13-18 145
C Medidas «de respuesta»	19-21 145
D Texto propuesto	22 146
II RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	23-41 146
A Responsabilidad en general	23 146
B Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil	24-30 146
1 Comentarios explicativos	24-29 146
2 Texto propuesto (Alternativas A y B)	30 148
C Responsabilidad del Estado por hecho ilícito	31-41 149
1 Comentarios explicativos	31-40 149
2 Texto propuesto	41 150
III RESPONSABILIDAD CIVIL	42 83 150
A Responsabilidad objetiva	42 150
B Características generales del sistema	43 45 151
C Los responsables la llamada «canalización» de la responsabilidad	46-57 151
1 Comentarios explicativos	46-54 151
2 Textos propuestos	55 57 152
D Obligación de tomar seguro	58 61 153
1 Comentarios explicativos	58-60 153
2 Textos propuestos	61 153

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
E. Tribunal competente.....	62-64	154
1. Comentarios explicativos.....	62-63	154
2. Texto propuesto.....	64	154
F. Aplicación de la ley nacional sin discriminación.....	65-67	154
1. Comentarios explicativos.....	65-66	154
2. Textos propuestos.....	67	155
G. Causalidad.....	68-70	155
1. Comentarios explicativos.....	68-69	155
2. Texto propuesto.....	70	155
H. Ejecutoriedad de la sentencia.....	71-76	156
1. Comentarios explicativos.....	71-75	156
2. Texto propuesto.....	76	156
I. Excepciones a la responsabilidad.....	77-83	157
1. Comentarios explicativos.....	77-82	157
2. Texto propuesto.....	83	158
 IV. DISPOSICIÓN COMÚN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	 84-88	 158
A. Comentarios explicativos.....	84-87	158
B. Texto propuesto.....	88	159
 V. VÍAS DE PROCEDIMIENTO.....	 89-109	 159
A. Introducción.....	89	159
B. Examen de las vías de procedimiento.....	90-109	160
1. Estado damnificado contra Estado de origen.....	91-100	160
2. Particulares damnificados contra Estado de origen.....	101-104	161
3. Estado damnificado contra particulares.....	105-108	161
4. Particulares damnificados contra particulares responsables.....	109	162

NOTA

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 7 de octubre de 1952)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 310, pág. 212.
Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y Protocolo adicional (París, 28 de enero de 1964)	Ibíd., vol. 956, pág. 288. Ibíd., pág. 325.
Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962)	OIEA, Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucleares, <i>Legal Series N.º 4, Rev. 1976 Edition</i> , Viena 1976, pág. 236.
Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1063, pág. 299.
Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de setiembre de 1968)	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> N.º L 299, de 31 de diciembre de 1972, y N.º L 304, de 30 de octubre de 1978.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú, Washington, 29 de marzo de 1972)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 961, pág. 212.
Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 1.º de mayo de 1977)	PNUMA, <i>Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement</i> , Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 491.

Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)

Convención para reglamentar las actividades sobre los recursos minerales antárticos [RAMRA] (Wellington, 2 de junio de 1988)

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil (Lugano, 16 de setiembre de 1988)

Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)

Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales [CRTD] (Ginebra, 10 de octubre de 1989)

Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)

Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)

Convención sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)

Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

Fuente

Revue générale de droit international public, París, t. 93, 1989, N.º 1, pág. 182 e *International Legal Materials*, Washington (D.C.), 1988, vol. XXVII, pág. 868.

Journal officiel des Communautés européennes N.º L 319, de 25 de noviembre de 1988.

PNUMA, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge, Reino Unido, 1991, vol. 2, pág. 449. PNUMA, documento UNEP/IG.80/3.

Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.39.

Doc. E/ECE/1250, 1991.

International Legal Materials, Washington (D.C.), vol. 31, N.º 6, noviembre de 1992, pág. 1335.

Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, N.º 150.

Introducción

A.—Prevención

1. En el debate realizado en el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional hubo una doble observación respecto al tratamiento de la prevención en el noveno informe¹. Por una parte, se dijo que no se ofrecía una visión general de la obligación de prevenir, para lo que se hubieran requerido dos extremos:

a) la enunciación de algunos principios,

[...] comenzando por la obligación de prevención vinculada a la responsabilidad como consecuencia de los riesgos de las actividades previstas. Eso significaría combinar en esa parte del proyecto el párrafo 1 del artículo 3 y los artículos 6 y 8, incluyendo las disposiciones de los apartados a y b del artículo 2, ya remitidos al Comité de Redacción²

y

b) la declaración explícita de otro principio general básico,

el de que si el Estado en cuyo territorio se realizara la actividad de riesgo no cumplía con sus obligaciones de prevención incurriría en responsabilidad por no haberlo hecho³.

2. En lo que se refiere a la observación contenida en el apartado a, entiende el Relator Especial que es digna de

¹ *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450.

² *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 130.

³ *Ibíd.*, párr. 131.

ser retenida por el Comité de Redacción cuando examine las disposiciones mencionadas: el material existe y la observación no señaló que faltara nada de importancia. En cuanto a la opinión recogida en el apartado b, el Relator Especial se ocupará de ella en el capítulo II del presente informe, al tratar el tema de la responsabilidad del Estado, puesto que tal responsabilidad es la que se origina por el incumplimiento de las obligaciones de prevención.

3. Quedó pendiente una cuestión relativa a lo que se dio en llamar la prevención *ex post*, que se examina en el capítulo I de este informe.

B.—Responsabilidad

4. Como se recordará, la Comisión adoptó en su 44.º período de sesiones⁴ ciertas decisiones sobre el alcance del tema. Luego de expresar que «en la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo», la CDI continuó diciendo que:

[...] los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearan un riesgo de causar daño transfronterizo y después las medidas de reparación cuando esas actividades hubieran causado un daño transfronterizo. Una vez que la

⁴ *Anuario... 1992*, vol. I, 2282.ª sesión.

Comisión hubiera terminado el examen de los artículos propuestos sobre estos dos aspectos de las actividades que presentaran un riesgo de causar un daño transfronterizo decidiría sobre la siguiente etapa de los trabajos⁵.

5. Una vez completado el tema de la prevención con las medidas de respuesta que se proponen en el capítulo I, y que como quiera que se las llame no serían —según se intenta demostrar— en ningún caso medidas de reparación del daño transfronterizo, correspondería considerar las dos formas de responsabilidad que se originarían en

⁵ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 346.

los artículos del proyecto en examen: una, la responsabilidad del Estado por violación de las obligaciones de prevención, que es una responsabilidad por hecho ilícito, y otra, la responsabilidad objetiva propia —en principio— del explotador privado.

6. Luego deberán examinarse la relación entre ambos tipos de responsabilidad así como las disposiciones comunes a ambas y, por último, el informe considerará el asunto de las vías procesales disponibles para hacer efectiva la responsabilidad, sin proponer todavía artículos, para explorar la disposición de los colegas respecto a las grandes líneas posibles.

CAPÍTULO I

Medidas de respuesta

A.—Una vez más la llamada prevención *ex post*

7. En el debate realizado en el 45.º período de sesiones de la CDI, varios miembros de la Comisión insistieron en pronunciarse en contra de la idea de incluir dentro del capítulo sobre la prevención propiamente dicha lo que se dio en llamar la prevención *ex post*, o sea la que se refiere a medidas que deben adoptarse después de producido un incidente, para reducir o controlar sus efectos y así evitar la producción de un daño mayor, o incluso evitar completamente, como veremos, la producción de un daño transfronterizo que se hubiera producido de no adoptarse tales medidas. El Comité de Redacción se plegó a esa corriente y de ahí el texto propuesto para el artículo 14, que sólo contempla la prevención *ex ante*, o sea las medidas destinadas a impedir los incidentes.

8. El Relator Especial considera que, si bien podemos llamar prevención sólo a la anterior al incidente, lo que hemos identificado como prevención *ex post* no es sin embargo, todavía, reparación y no puede ser incluida en el capítulo consagrado a la reparación so pena de cometer un error metodológico.

9. El análisis muestra que un incidente de los que se ocupa nuestro tema en realidad está al principio de una cadena de causas y efectos, al final de la cual está el daño. El incidente produce ciertos efectos en el mundo de la naturaleza que son a su vez causa de otros nuevos efectos: todos ellos pertenecen al reino de la causalidad natural. Pero en algún eslabón de esa cadena causal ciertos efectos tienen consecuencias jurídicas: son daños que deben ser reparados. El daño es un concepto jurídico aunque se refiera a datos de la realidad.

10. Para ilustrar lo anterior: un incidente producido en una actividad industrial produce contaminación en las aguas de un río internacional. La cadena causal: actividad-contaminación es aún manejable de manera que se puede evitar el daño transfronterizo si la contaminación no ha llegado a la frontera, o reducirlo o controlarlo, si se actúa sobre ella dentro del territorio nacional. Esa acción es preventiva, porque tiende a impedir la producción total o parcial del daño, que aún no ha ocurrido aunque haya tenido lugar el incidente. Así entonces, medidas que incluso podrían considerarse de rehabilitación en el Estado de origen pueden tener carácter preventivo en relación con el daño transfronterizo, ya que evitan su producción o reducen su magnitud. Y lo que interesa a nuestro tema es el daño *transfronterizo*.

11. Parece claro, entonces, que el concepto de prevención es aplicable en rigor tanto a la actividad tendente a evitar los incidentes que pueden producir daños transfronterizos como a la que intenta limitar los efectos dañosos desencadenados por el incidente. Si bien se mira, la prevención de incidentes que configura la prevención *ex ante* es sólo un capítulo de la prevención en general, que incluiría la prevención *ex post* puesto que cuantos menos incidentes se produzcan menos daño se causará. De ahí que no sea posible, metodológicamente, incluir en el capítulo sobre la reparación las acciones *ex post* cuya finalidad es prevenir el daño.

12. Por su parte, los instrumentos internacionales que tratan de este tipo de medidas las llaman en todos los casos preventivas, y aquellos que solamente se ocupan de la *responsabilidad* las consideran en relación con la *indemnización* que debe pagarse por los gastos incurridos por quien debió adoptarlas.

B.—Nuevo examen de la práctica internacional

13. Haciendo un rápido repaso de tales instrumentos, comprobamos que la Convención sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente, adoptada en Lugano por el Consejo de Europa (en adelante Convención de Lugano), dice en su artículo 2, párrafo 9:

«Medidas preventivas»* significa toda medida razonable adoptada por cualquier persona *después de ocurrido un incidente** para prevenir o minimizar las pérdidas o el daño a que se refiere el párrafo 7, apartados a a c de este artículo.

Los apartados citados se refieren a los tres puntos en que se divide el concepto de «daño» en dicha Convención. Justamente, el apartado d del mismo artículo incluye dentro del concepto de «daño» sujeto a indemnización «el costo de las medidas preventivas» y estos gastos no pueden ser sino los incurridos *después del incidente* porque a ellos alude el párrafo 9 citado.

14. En el proyecto de reformas al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (en adelante Convenio de París) y a la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en adelante Convención de Viena), proyecto preparado por el Comité de Redacción del Comité Permanente del OIEA sobre responsabilidad por daños nucleares, identificado como apéndice II.A, se propone como agregado al artículo I, párrafo 1, el siguiente apartado m:

Por «medidas preventivas» se entenderá toda medida razonable adoptada por cualquier persona después de ocurrido un incidente nuclear a fin de evitar o minimizar los daños a que se hace referencia en los incisos i) a iv) del apartado k *supra*.

Por otra parte, el proyecto agrega en el apartado k del artículo I, párrafo 1, un inciso v que incluye, dentro del significado de «daños nucleares», «los costos de las medidas preventivas» definidas en el proyectado apartado m. Y en el proyecto identificado como apéndice II.B (proyecto de «mancomunidad»), el artículo 3 contiene un párrafo 2, entre corchetes, que dice:

[Los daños a que se hace referencia en el párrafo 1 *supra* comprenden los costos de las medidas preventivas, dondequiera que se hayan tomado, para evitar o minimizar esos daños y las pérdidas o daños ulteriores causados por esas medidas.]

15. El Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, en su artículo 1, párrafo 6, dice:

«Daño por contaminación» significa toda pérdida o daño fuera de la instalación causado por una contaminación resultante del escape o descarga de petróleo de la instalación e incluye el costo de las medidas preventivas [...]

y el párrafo 7 precisa:

«Medidas preventivas» significa toda medida razonable adoptada por cualquier persona en relación con un *incidente determinado** para prevenir o limitar el daño por contaminación [...]

16. Idéntica formulación utiliza la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), la que en el párrafo 10 del artículo 1 define las distintas formas del daño, incluyendo

entre ellas el costo de las medidas preventivas (párr. 10 d) que son definidas en el párrafo 11 exactamente como en los instrumentos mencionados antes:

[...] toda medida razonable adoptada por cualquier persona *después de producido un incidente** para evitar o minimizar el daño.

17. Los instrumentos que tratan principalmente de la prevención de daños transfronterizos también incluyen no sólo la prevención de incidentes sino la del daño y suelen emplear términos como «prevenir, reducir y controlar» para aludir a la prevención en sentido amplio. La Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar los emplea todo a lo largo de la Parte XII sobre protección y preservación del medio marino, con tanta repetición que resultaría sobreabundante citar los textos correspondientes. Es claro que tales términos intentan describir lo mismo que las «medidas preventivas» a que se refieren los instrumentos sobre responsabilidad anteriormente citados, y no contemplan en absoluto la responsabilidad, tema que es tratado en la Convención sobre el derecho del mar en artículo separado (art. 235).

18. La Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo que, como vimos en el noveno informe, se ocupa sólo de la prevención y no de la responsabilidad⁶, habla de la obligación de las partes de tomar las medidas apropiadas y efectivas para «prevenir, reducir y controlar» los efectos ambientales de las actividades propuestas que sean adversos y significativos. Por último, la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, no obstante tener por principal objetivo la prevención de accidentes industriales, nos da una idea de la relatividad del concepto de prevención al decir, en su artículo 3, párrafo 1, lo siguiente en relación con el objeto de la Convención:

[...] proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales *previniéndolos en lo posible**, reduciendo su frecuencia y gravedad y *mitigando sus efectos**. Para ese fin se aplicarán *medidas preventivas**, de preparación y de respuesta, incluyendo las de restauración.

C.—Medidas «de respuesta»

19. La expresión «medidas... de respuesta» (*response measures*) del último párrafo del artículo que acabamos de citar es utilizada en otras convenciones, particularmente en la Convención para la reglamentación de las actividades sobre los recursos minerales antárticos (RAMRA), que en su artículo 8, párrafo 1, dice así:

Un operador que lleve a cabo cualquier actividad sobre recursos minerales antárticos llevará a cabo las acciones de respuesta necesarias y oportunas, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción, si la actividad causa o amenaza con causar daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados.

Es claro que «prevención» se usa aquí como «prevención *ex post*», pero cierto tipo de medidas que no son preventivas *ex post* son consideradas medidas de respuesta, como la limpieza y remoción que no tengan por objeto limitar o minimizar el daño transfronterizo.

⁶ Doc. A/CN.4/450 (nota 1 *supra*), párrs. 2 y 22 a 24.

20. Si para referirnos a estas medidas *ex post* nos proponemos continuar empleando un término que *difiere del utilizado en todas los instrumentos multilaterales sobre la materia (medidas de prevención) y al mismo tiempo aceptamos* que tales medidas no pertenecen al campo de la reparación, menester es encontrarles una denominación diferente. Una posibilidad es utilizar la expresión *medidas de respuesta*, que debe definirse en el artículo 2 del proyecto (Términos empleados)⁷, para aplicarla solamente a lo que hemos llamado *prevención ex post* y limitar su ámbito a aquellas medidas de respuesta adoptadas como consecuencia de un incidente, con la finalidad de limitar o minimizar los efectos perjudiciales y el consiguiente daño transfronterizo. Ya dimos algunos ejemplos, pero cabría agregar que las medidas de respuesta incluyen algunas que serían estrictamente preventivas, como el talado y limpieza de una franja de un bosque para evitar la propagación de un incendio a un país vecino y otras que podrían ser de restauración para el Estado de origen y de prevención respecto al Estado afectado, por ejemplo cuando se restablecen en un río internacional las condiciones prevalecientes con anterioridad a un incidente y con ello se evita que la corriente continúe llevando al país vecino los restos de la contaminación producida. Bastaría aclarar que este concepto abarca las acciones destinadas a limitar o minimizar el daño transfronterizo una vez producido el incidente.

21. Tales medidas pueden ser adoptadas por el Estado mismo, en ciertas circunstancias, o por particulares. El Estado empleará en ciertos casos, si es necesario, a los

⁷ Para el texto de los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en el 40.º período de sesiones de la CDI, véase *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), pág. 11

bomberos o al ejército para circunscribir las consecuencias de un incidente que amenacen propagarse a un Estado vecino, como podría ser un incendio de bosques producido por un accidente industrial o la contaminación masiva de un río producida también por accidente durante el desarrollo de una actividad encuadrada en el artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos)⁸. Pero puede suceder que el Estado afectado tome idénticas medidas en su propio territorio y consiga así evitar males mayores, o que personas particulares, en uno u otro Estado, sean las que por propia iniciativa las adopten. En esos casos, quien resulte finalmente responsable y deba pagar las correspondientes indemnizaciones deberá también hacerse cargo de los costos de tales medidas, que llamáramos «de respuesta», siempre que hubiese sido razonable adoptarlas.

D.—Texto propuesto

22. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone agregar al artículo 2, dos nuevos apartados, cuyo texto sería el siguiente:

«Se entiende por “medidas de respuesta” aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo.

»El daño a que se refiere el párrafo [...] incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado así como los nuevos daños que tales medidas hubieran podido ocasionar.»

⁸ *Ibid*

CAPÍTULO II

Responsabilidad del Estado

A.—Responsabilidad en general

23. Con lo anterior quedaría terminado el capítulo sobre la prevención considerada en sus dos aspectos, como prevención de incidentes y como medidas de respuesta de naturaleza preventiva una vez que el incidente se ha producido, para minimizar o prevenir el daño provocado por éste. El contenido de la responsabilidad misma tomará forma cuando se complete el concepto de daño en los artículos. En el terreno del daño al medio ambiente, que es el más novedoso y fluido de los rubros del daño, podrán existir otras «medidas de reparación»⁹ (*esta denominación transmite con fidelidad la idea de que puede haber otras medidas de reparación diferentes de la indemnización en dinero, como podrían ser ciertas medidas de restauración del medio ambiente*), que se están estudiando en estos

⁹ Es la expresión utilizada por la CDI cuando resolvió (véase nota 4 *supra*) sobre los pasos a seguir en el desarrollo del tema [véase *Anuario 1992*, vol II (segunda parte), párr. 345]

momentos en diferentes foros. Pero, por el momento, los capítulos referentes a la responsabilidad simplemente tratan de su atribución, *cualquiera que sea su contenido*, cuando hay incumplimiento de las obligaciones de prevención (objeto del presente capítulo) y cuando ocurren incidentes causados por una actividad de las contempladas en el artículo 1 (materia del capítulo III).

B.—Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

24. Para estar en condiciones de establecer la responsabilidad propia del Estado debemos comenzar por advertir que la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (violación de las obligaciones de prevención) coexiste en los artículos del proyecto en examen con una responsabilidad civil a cargo de una persona o personas privadas (indem-

nización por daño transfronterizo), que sería objetiva y que no exigiría por ende el incumplimiento de una obligación para tener efecto.

25. Hay otros instrumentos multilaterales donde concurren también ambas responsabilidades, pero es menester distinguir dos casos muy diferentes de responsabilidad del Estado:

a) *No hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito.* En general, los instrumentos que tratan de la responsabilidad por daños causados por actividades peligrosas no incluyen obligaciones de prevención del tipo de las de los artículos del proyecto en examen y por lo tanto el Estado, o no tiene responsabilidad alguna, como sucede en la Convención de Lugano, o tiene una responsabilidad objetiva y excluyente, como en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, o bien responde en forma subsidiaria a la responsabilidad del particular por el pago de las indemnizaciones por accidentes derivados de las actividades de que se trate. Tal sucede en el Convenio de París y en la Convención de Viena sobre daños nucleares, en los que al parecer del Relator Especial la responsabilidad del Estado, al par que subsidiaria, es también objetiva;

b) *Hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito.* Los instrumentos respectivos ponen ciertas obligaciones a cargo del Estado y la responsabilidad es subsidiaria de la responsabilidad civil (objetiva) del explotador privado, pero sólo si existe una causalidad indirecta entre el incumplimiento de la obligación del Estado y la producción del daño.

26. Veamos lo anterior con más detenimiento:

a) *No hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito.* Muchos instrumentos sobre responsabilidad civil por actividades peligrosas se diferencian del proyecto en estudio en que no se incluyen obligaciones de prevención a cargo del Estado. No surge por ende su responsabilidad por incumplimiento. Tampoco existe en ellas la responsabilidad del Estado subsidiaria de la del explotador por el pago de indemnizaciones en ciertas circunstancias: el Estado no está en cuestión. Tal es el caso de la Convención de Lugano;

b) *Hay responsabilidad exclusiva del Estado, tanto objetiva como por hecho ilícito.* Tal es el caso del Convenio sobre daños causados por objetos espaciales. Aquí coexisten una responsabilidad por hecho ilícito con una responsabilidad objetiva, pero ambas son del Estado de lanzamiento, cuya conducta será sometida a uno u otro régimen según dónde se produzca el daño: si éste se produce en la superficie de la Tierra o en una aeronave en vuelo, la responsabilidad será «absoluta»¹⁰, y si se produce en un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, la responsabilidad será por culpa (véanse los artículos II, III y IV de la Convención);

c) *Hay responsabilidad objetiva del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil, también objetiva, del explotador por el pago de indemnizaciones por incidentes*

¹⁰ La expresión «responsabilidad absoluta» es una traducción literal del inglés; en español no es usual. Se refiere a una responsabilidad objetiva muy severa, con muy pocas o ninguna excepción.

derivados de la actividad peligrosa. No hay en este caso responsabilidad por hecho ilícito del Estado. La Convención de París, la Convención de Viena y la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, que tampoco asignan al Estado obligaciones de prevención, le imponen en cambio en ciertos casos una responsabilidad subsidiaria de la del explotador en cuanto al pago de indemnizaciones por incidentes nucleares. La responsabilidad primaria recae en el explotador privado, pero el Estado debe responder por la parte de la indemnización que no alcance a cubrir el seguro del explotador. Pensamos que esta responsabilidad del Estado es objetiva, puesto que las sumas por las que él es responsable se originan en una responsabilidad también *objetiva* del explotador que no ha sido satisfecha: el Estado no tiene ninguna defensa especial, simplemente se encuentra en la situación del responsable directo, pero en forma subsidiaria;

d) *Hay responsabilidad por hecho ilícito del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa.* En la Convención para reglamentar las actividades sobre los recursos minerales antárticos, el párrafo 2 del artículo 8 determina ciertos tipos de daños por los cuales la responsabilidad del operador es objetiva. El apartado a del párrafo 3, sin embargo, contiene la siguiente disposición:

a) El daño a que se refiere el párrafo 2 precedente que no hubiera ocurrido o persistido si el Estado patrocinante hubiese dado cumplimiento a sus obligaciones con arreglo a esta Convención respecto de su operador, acarreará, de acuerdo con el derecho internacional, responsabilidad de tal Estado patrocinante. Dicha responsabilidad estará limitada a la responsabilidad no satisfecha por el operador ni de otra manera.

Esta responsabilidad se fundamenta en un «vínculo sustancial y genuino» entre el operador y su Estado patrocinante, como dice el párrafo 12 del artículo 1, vínculo que está descrito en los párrafos 11 y 12 de dicho artículo. Además, las obligaciones del Estado patrocinante lo son hacia su operador. En el proyecto de protocolo relativo al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación¹¹ también coexisten una responsabilidad objetiva del particular responsable o del Fondo internacional por el pago de las indemnizaciones y una responsabilidad por hecho ilícito del Estado, aunque las obligaciones del Estado no sean necesariamente *vis-à-vis* su operador, sino obligaciones generales. Se requieren dos condiciones para que surja la responsabilidad subsidiaria del Estado: primera, que haya habido incumplimiento por el Estado de una obligación a su cargo, de tal modo que de no haberse incumplido la obligación el daño no se hubiera producido (causalidad indirecta)¹², y segunda, que el

¹¹ UNEP/CHW.1/WG.1/1/5, anexo.

¹² En el párrafo 5 de la nota de la Secretaría (UNEP/CHW.1/WG.1/1/3), puede leerse:

«Teniendo en cuenta que tanto los objetivos como las obligaciones del Convenio de Basilea están dirigidos a los Estados Partes que ejercen un control decisivo sobre todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, se propone que se considere que los Estados incurren en responsabilidad por daños sólo cuando esos daños tienen una relación causal con el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones en virtud del Convenio de Basilea. En consecuencia, a diferencia del sistema de responsabilidad civil propuesto, la responsabilidad del Estado debería basarse en el incumplimiento y no en la responsabilidad estricta.»

(Continuación en la página siguiente.)

explotador o su seguro (o el sistema del Fondo de Compensaciones, si existe) no hubieran cubierto el total de la indemnización.

27. La manera de considerar la responsabilidad del Estado en el apartado *a* del párrafo 26 precedente no es aplicable al proyecto en estudio, pues éste incluye obligaciones de prevención. La contemplada en el apartado *b*, que pone toda la responsabilidad a cargo del Estado, sólo se justifica en instrumentos del tipo del Convenio sobre daños causados por objetos espaciales, que hace recaer sobre los Estados de lanzamiento la responsabilidad absoluta por las consecuencias de tales actividades. La contemplada en el apartado *c*, es decir la que atribuye la responsabilidad objetiva pero subsidiaria al Estado, es coherente con el tipo de responsabilidad que requieren las actividades de riesgo y puede ser necesaria cuando el daño transfronterizo puede adquirir dimensiones catastróficas, de manera que los seguros no alcancen a cubrir las enormes indemnizaciones requeridas. Pero quizás encontraría resistencia entre quienes se rehúsan a asignarle al Estado un tipo de responsabilidad que en su opinión no está bien establecida en el derecho internacional. Cabrían también otras posibilidades de responsabilidad subsidiaria: en el proceso de modificación de los instrumentos de Viena y de París sobre daños nucleares, actualmente a cargo de un Comité Permanente¹³, se arbitran soluciones que parecen interesantes, como la intervención, en ciertos niveles, de un consorcio de *todos los Estados miembros* o de un consorcio de *todos los responsables privados de todos los Estados miembros*. Esta forma de *socialización* de los daños está de acuerdo con la filosofía básica subyacente en todas las actividades que son peligrosas, pero que se permiten porque son útiles a la sociedad (nacional o internacional, según sea el caso) una vez hecho el balance de sus ventajas e inconvenientes. Nadie, ni siquiera el explotador, debería cargar con los costos que significan los daños causados por accidentes inherentes a la actividad, sino toda la sociedad que con ella se beneficia. Encauzar la responsabilidad hacia el explotador tiene la ventaja, reconocida por autores que se han ocupado de estos temas, de que éste es el que se encuentra en mejor posición para descargar, a través del precio de sus productos o servicios, el costo del riesgo creado.

28. En cuanto a la manera de considerar la responsabilidad del Estado contemplada en el apartado *d* del párrafo 26 precedente, que introduce la responsabilidad subsidiaria por hecho ilícito del Estado, cabe preguntarse si esta clase de responsabilidad destinada a completar las sumas requeridas para una reparación integral del daño no traiciona en cierta medida sus mismos propósitos, esto es la creación de un régimen amplio que impida que las víctimas inocentes queden sin protección. En efecto, la responsabilidad por hecho ilícito requiere, como vimos, cier-

(Continuación de la nota 12.)

Y en el punto 7 del mismo documento se propone complementar el artículo 9 sobre responsabilidad de los Estados de la siguiente manera:

«a) Los daños que no habrían ocurrido si el Estado exportador hubiera cumplido sus obligaciones dimanantes del Convenio con respecto al movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos entrañarán la responsabilidad del Estado exportador. Esa responsabilidad se limitará a la porción del daño por la que no se haya obtenido reparación en virtud del régimen de responsabilidad civil o de las disposiciones del protocolo relativas al fondo.»

¹³ Véase párrafo 14 *supra*.

tas pruebas que los damnificados no pueden conseguir fácilmente. Esa fue precisamente la razón por la cual en el derecho interno y más recientemente en la práctica internacional se ha buscado más bien la reparación a cargo del particular responsable o de su seguro. Si lo que se busca es facilitar a la víctima el logro de la reparación, ¿por qué interponer el obstáculo del *onus probandi* a su cargo?¹⁴

29. Ninguna de las maneras de considerar la responsabilidad examinadas en los párrafos precedentes parece, entonces, adecuarse enteramente a los objetivos perseguidos en el proyecto, aunque la expuesta en el apartado *d* podría ser tomada en cuenta. Lo más simple, sin embargo, sería no asignar ninguna forma de responsabilidad objetiva al Estado y separar en la forma más tajante posible su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones propias (responsabilidad por hecho ilícito) de la responsabilidad objetiva por los daños que causen los incidentes derivados del riesgo de la actividad de que se trate. Esta recaería en todos los casos en el particular responsable y eventualmente, si se aceptan las ideas expresadas, sobre un conjunto de responsables¹⁵. Tal sistema presentaría la ventaja de simplificar la relación entre la responsabilidad del Estado y la de los particulares y tal vez hacer el proyecto más aceptable para los Estados. También se simplificarían los aspectos procesales, como veremos en el capítulo V, puesto que sólo los tribunales de derecho interno serían competentes y no habría cuestiones tan espinosas como la comparecencia del Estado ante los tribunales frente a un particular, especialmente si debe hacerlo ante los tribunales de otro Estado.

2. TEXTO PROPUESTO (ALTERNATIVAS A Y B)

30. Por ello, el Relator Especial somete a la Comisión la alternativa entre uno y otro sistema en la formulación del artículo 21 que se propone a continuación:

«Artículo 21.—Responsabilidad subsidiaria del Estado por incumplimiento de una obligación

»Alternativa A:

»La responsabilidad del Estado de origen quedará comprometida por un daño que no se hubiera produ-

¹⁴ Hay conceptos interrelacionados que merecerían acaso ser considerados en un próximo informe del Relator Especial: la creación de un fondo de compensaciones que podría agrupar también a un consorcio de responsables privados. Es difícil hacer funcionar ese tipo de instituciones en un sistema global, que abarque todas las actividades peligrosas, y acaso la tentativa resulte fútil. Podría contemplarse la creación de un órgano permanente para promover la adopción de protocolos y vigilar el funcionamiento de los artículos. La Convención de Lugano prevé un Comité Permanente, que está encargado de examinar cuestiones generales de interpretación o aplicación de ese instrumento y proponer enmiendas a la Convención, comprendidos los anexos. Es la actual tendencia en los convenios sobre protección ambiental y aunque nuestro proyecto no se ocupa *exclusivamente* de esa protección, el concepto de responsabilidad por daño al medio ambiente fue bien acogido por la Comisión y por la Asamblea General y nos coloca, lo queramos o no, en pleno campo de la protección ambiental.

¹⁵ Véase especialmente el párrafo 4 del comentario del artículo 23 adoptado por la Comisión en su 30.º período de sesiones [Anuario... 1978, vol. II (segunda parte), pág. 81].

cido si aquél hubiese cumplido con sus obligaciones de prevención respecto a las actividades del artículo 1. Esa responsabilidad se limitará a la parte de la indemnización que no alcanzare a ser satisfecha por aplicación de las provisiones sobre responsabilidad civil establecidas en los presentes artículos.

»Alternativa B:

»El Estado de origen no será responsable en ningún caso por las indemnizaciones correspondientes a daños causados por incidentes derivados de las actividades del artículo 1.»

C.—Responsabilidad del Estado por hecho ilícito

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

31. Establecidas que fueron en el noveno informe¹⁶ las obligaciones de prevención a cargo del Estado, corresponde examinar ahora las consecuencias que tendría su incumplimiento. Normalmente, serían las que a su respecto dispone la segunda parte del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobadas provisionalmente en el último debate: cesación del comportamiento ilícito, restitución en especie o indemnización equivalente, satisfacción, seguridades y garantías de no repetición¹⁷.

32. Conviene recordar que en los artículos del proyecto las relaciones que surgen con motivo del incumplimiento de las obligaciones de prevención son de Estado a Estado. Aquí no intervienen individuos, estamos situados en el plano internacional. Separemos conceptualmente en forma tajante esta responsabilidad de la que surge de un incidente producido en el curso de una actividad del artículo 1 que ha ocasionado un daño transfronterizo y que será materia de la responsabilidad civil, o sea de la responsabilidad de una persona particular.

33. En primer término, el Estado de origen estará obligado a hacer que cese el comportamiento que configure un hecho ilícito de carácter continuo. Ese hecho continuo estará constituido normalmente por la omisión del Estado en adoptar las medidas que le impone el proyecto¹⁸ y la exigencia de su cesación sería coherente con una opinión vertida en el debate en el sentido de que una actividad peligrosa llevada adelante sin que se adopten las precauciones del caso cesa de ser una actividad lícita para el derecho internacional. Se entiende que el hecho ilícito de

que se trate deberá estar debidamente comprobado y que por lo tanto no puede configurar un veto del Estado afectado a una actividad lícita del Estado de origen.

34. El Estado lesionado por el incumplimiento podrá pedir la reparación en todas las formas que correspondan y de la manera prevista en los actuales artículos 7, 8, 10 y 10 *bis* de la segunda parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados¹⁹. Pero además, el Estado lesionado dispondrá de los recursos previstos en el caso de incumplimiento de una obligación, esto es el derecho a tomar las contramedidas que pudieren corresponder, respetando las condiciones generales a que están sujetas para que sean lícitas de conformidad con el derecho internacional.

35. Recordemos que las obligaciones de prevención que el proyecto impone a los Estados en el capítulo correspondiente no son obligaciones de resultado: no se está exigiendo de ellos sino que se *esfuercen* en prevenir accidentes y daños. Su violación es, por lo tanto, independiente de que efectivamente se produzca un daño debido a un incidente producido como resultado de la actividad. Si éste se produce, deberá entrar a funcionar inmediatamente la responsabilidad objetiva, que será la de un particular en el caso del proyecto de artículos.

36. Por ejemplo, el Estado de origen no estará dando cumplimiento a la correspondiente obligación si deja que una actividad del artículo 1 se ejerza sin autorización previa, esto es sin que dicha autorización haya sido concedida una vez que el explotador la haya solicitado y, a ese fin, explicado las características de la actividad y hecho la correspondiente evaluación del riesgo exigida por el artículo 12²⁰. La producción de un incidente entrañará automáticamente la responsabilidad objetiva del explotador, pero el Estado seguirá siendo responsable por el incumplimiento propio. Esto significa que el Estado afectado puede presentar quejas por vía diplomática y emplear recursos como, por ejemplo, contramedidas, a fin de que el Estado de origen cumpla con su obligación y cese así el acto ilícito so pena de una eventual declaración de ilicitud de la actividad.

37. Pero si el incidente no se produce ni tampoco el daño transfronterizo, el Estado que podría resultar afectado puede presentar las mismas quejas y utilizar los mismos recursos, si la actividad se ejerce sin autorización previa.

38. Conviene aquí hacer una corta digresión para dar mayor fundamento a la anterior afirmación. Se ha dicho en el noveno informe que las obligaciones de prevención son de debida diligencia²¹ y esto tiene sus consecuencias. Ante todo, hay que diferenciarlas de las obligaciones de resultado del artículo 23 de la primera parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados²², o sea de las obligaciones de evitar un acontecimiento dado, con las que podrían confundirse.

¹⁶ Véase nota 1 *supra*.

¹⁷ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párr. 335.

¹⁸ El autor de estas líneas deja constancia de sus personales dudas en cuanto a que una omisión pueda engendrar un incumplimiento de carácter continuo de una obligación: piensa que una vez incumplida una obligación de hacer, esa obligación primaria es inmediatamente reemplazada por una obligación secundaria de contenido parecido, pero no necesariamente igual. Puede, por ejemplo, contener también una obligación de pagar intereses o de indemnizar de otra manera el perjuicio causado por el incumplimiento en el plazo fijado por la obligación primaria, o un eventual lucro cesante. Pero en el tratamiento del tema sobre responsabilidad de los Estados se ha admitido por la Comisión que las omisiones pueden dar lugar a actos continuados de incumplimiento.

¹⁹ Véase nota 17 *supra*.

²⁰ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párrs. 142 a 147.

²¹ *Ibid.*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/450, párr. 7.

²² Para el texto del art. 23 y el comentario respectivo adoptados por la Comisión en su 30.º período de sesiones, véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 79 a 85.

39. En las obligaciones de evitar un acontecimiento dado no hay violación a menos que se produzca el acontecimiento que se tenía la obligación de evitar: su producción es condición necesaria. Al respecto, dice así el comentario relativo al artículo 23:

El Estado al que incumbe una obligación de esta clase no puede pretender haber logrado el resultado requerido alegando que ha establecido un sistema perfecto de prevención si ese sistema, en la práctica, resulta ineficaz y permite que se produzca el acontecimiento. Y, a la inversa, el Estado interesado en la ejecución de la obligación no puede pretender que esa obligación ha sido violada por el solo hecho de que el sistema de prevención establecido por el Estado obligado le parece claramente insuficiente o ineficaz, mientras no sobrevenga el acontecimiento cuya realización debería evitar²³.

Y añade:

Las obligaciones que exigen prevenir acontecimientos dados no se identifican, por lo tanto, con las a veces designadas con el término general de «obligaciones de vigilancia»*. La realización de la violación de estas últimas suele concretarse a una actividad del Estado y no está necesariamente afectada por el hecho de que se produzca o no se produzca un acontecimiento exterior²⁴.

Conviene aclarar que «vigilancia» traduce la expresión *due diligence* de la versión inglesa. Esta parece ser la principal diferencia entre obligaciones de resultado y obligaciones de debida diligencia en el sistema de la primera parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados: en las primeras se requiere, para su violación, que el resultado, positivo o negativo, no se haya obtenido; en las segundas ese requisito no es necesario y se examinan directamente los medios empleados para ver si no son los que razonablemente hubieran debido emplearse para obtener el resultado requerido por la obligación.

40. Es incluso concebible que el Estado de origen deba indemnizar de alguna forma al Estado expuesto sin que se haya producido un incidente y que, por consiguiente, no se haya puesto en juego la responsabilidad objetiva del particular que realiza la actividad peligrosa. Supongamos que por la omisión del Estado de origen en exigir la adopción de ciertas medidas de prevención a los explotadores de una actividad peligrosa en su territorio el Estado

expuesto o las personas que en él residen han debido tomar en el propio territorio algunas medidas tendentes a evitar o minimizar el daño que un incidente producido por aquella actividad les pudiere causar. Ello es perfectamente posible y significaría que el Estado expuesto ha debido incurrir en ciertos gastos en razón de la omisión del Estado de origen (causalidad indirecta). La correspondiente indemnización a cargo de este último sería un ejemplo de compensación por equivalente.

2. TEXTO PROPUESTO

41. Lo anterior podría expresarse en un artículo que tendría el número siguiente al último sobre la prevención, actualmente bajo examen del Comité de Redacción. Su texto podría remitir simplemente al derecho internacional aplicable, aunque esta referencia parezca a algunos innecesaria: no se necesita una disposición contractual para que funcionen las normas consuetudinarias referentes a las consecuencias de aquellas violaciones. Se prefiere, entonces, o bien no hacer mención alguna a las consecuencias del incumplimiento de las normas del artículo, o bien simplemente remitir al derecho internacional porque repetir en el proyecto los artículos aplicables del proyecto sobre responsabilidad de los Estados, aun adaptados en su redacción, implicaría adoptar textos que no son definitivos y están sujetos a cambio tanto en una segunda lectura del proyecto en la CDI como en la conferencia codificadora que eventualmente se convoque. Si la Comisión prefiere, entonces, la remisión simple al derecho internacional, el siguiente podría ser un texto adecuado:

«Artículo X.—Responsabilidad internacional del Estado

»El incumplimiento por el Estado de origen de las obligaciones de prevención establecidas en estos artículos tendrá las consecuencias que el derecho internacional dispone para la violación de las obligaciones internacionales.»

²³ *Ibíd.*, pág. 81, párr. 4 del comentario.

²⁴ *Ibíd.*, nota 397.

CAPÍTULO III

Responsabilidad civil

A.—Responsabilidad objetiva

42. El corolario lógico de las actividades de riesgo debe ser la responsabilidad objetiva, que es acogida por la generalidad de los derechos nacionales por razones bien conocidas, especialmente la necesidad de un procedi-

miento acelerado que no exija prueba del incumplimiento o de la culpa. En el orden internacional los mismos argumentos han establecido la responsabilidad civil del particular en instrumentos que el Relator Especial ha comentado repetidas veces a lo largo de sus informes. Una propuesta de directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre responsabilidad civil por daños causa-

dos por desechos²⁵, que tiene ya algunos años, da argumentos convincentes en favor de la responsabilidad objetiva en su párrafo 4:

La responsabilidad objetiva

Dado que este principio implica una responsabilidad automática, con él se garantizan una indemnización de los perjudicados, la rehabilitación del medio ambiente y una responsabilización de los agentes económicos, de conformidad con los principios contemplados en la presente Directiva.

El principio de la responsabilidad objetiva en relación con los riesgos ambientales está ganando terreno. En un ámbito semejante (y comparable) como es el de los productos defectuosos, la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985 (85/374/CEE) sigue este principio, que aparece en un número cada vez mayor de Convenios internacionales (energía nuclear, contaminación marina causada por los hidrocarburos). Finalmente, también en este principio se basa el proyecto de Convenio relativo a los daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril o buques fluviales, elaborado por UNIDROIT, actualmente en fase de negociación en la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

Asimismo, el Comunicado final de la Octava Conferencia de Ministros para la Protección del Rin contra la contaminación, celebrada en Estrasburgo el 1º de octubre de 1987, y en la que participó la Comisión de las Comunidades Europeas, solicita una armonización de la legislación en materia de responsabilidad civil para los daños causados por las sustancias peligrosas, que se basa en el principio de la responsabilidad objetiva.

Esta misma tendencia empieza a adquirir gran importancia en las legislaciones nacionales. Así, las legislaciones alemana y belga ya han adoptado el principio de responsabilidad objetiva. En Francia, este principio está bien asentado en la jurisprudencia. En los Países Bajos, la jurisprudencia empieza a adoptarlo y se está trabajando en la elaboración de una propuesta de ley que introduzca este principio en el nuevo código civil. En España, dicho principio existe en el campo de la gestión de residuos.

Los proyectos de orden internacional mencionados en estos párrafos culminaron en la adopción de la responsabilidad objetiva.

B.—Características generales del sistema

43. El examen de la práctica internacional permite extraer ciertos rasgos que son comunes a los convenios sobre responsabilidad civil. Algunos de ellos están sintetizados en el Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas²⁶. Este Código de conducta presenta interés para nosotros porque, al igual que nuestro proyecto, trata de las actividades de riesgo que por accidente originen daños transfronterizos (en su caso por contaminación). En su artículo XV, párrafo 4, resume bien lo aconsejable en esta materia:

Para asegurar la pronta y adecuada indemnización por los daños causados por la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, los países deberían, de acuerdo con su sistema jurídico nacional, *identificar la (o las) persona(s) física(s) o jurídica(s) responsable(s) por el daño resultante de las actividades peligrosas**. A menos que se establezca otra cosa, el explotador debería ser considerado responsable, y cuando más de una persona u organización sean consideradas responsables, *dicha responsabilidad debería ser conjunta y solidaria**.

²⁵ Documento COM (89) 282 final-SYN 217, de 15 de setiembre de 1989.

²⁶ Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.28.

En el párrafo 5 se dice:

Los países deberían prever la *responsabilidad objetiva** para los daños causados por accidentes derivados de actividades peligrosas [...]

Y en el párrafo 6:

[...] cuando no se puede identificar el incidente que causó el daño [...] los países deberían, entre otras cosas, considerar el establecimiento de *fondos de compensación**.

44. Responsabilidad objetiva, entonces, para el explotador, que debe ser identificado, de conformidad con la Convención o con la ley interna; responsabilidad solidaria cuando hay varios explotadores comprometidos; establecimiento de fondos de compensación cuando ello fuera posible. Pero además: *a)* el explotador tiene invariablemente la obligación de tomar un seguro u ofrecer alguna otra garantía financiera para cubrir, ya sea una suma igual a la máxima indemnización, cuando hay un tope fijado, ya sea por otra cantidad que determine la autoridad nacional; *b)* para que este régimen pueda funcionar es necesario que el principio de no discriminación sea respetado, esto es que el Estado de origen trate de la misma manera en sus tribunales a los residentes en su territorio que a los no residentes; *c)* los Estados partes deben establecer en su derecho interno un recurso que permita una pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños transfronterizos resultantes, como se establece en el artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar; *d)* en todo lo que no está regido directamente por la Convención debe ser aplicable la ley nacional del tribunal competente, en tanto sea compatible con aquélla; *e)* las sentencias ejecutorias en una jurisdicción deben serlo igualmente en todas, salvo que esté previsto de otra manera; y *f)* debe haber libre transferencia de las sumas de dinero acordadas por una sentencia dictada en uno de los Estados a cualquier otro Estado parte, en la moneda que pueda convenir al titular de la indemnización.

45. Las limitaciones representadas por las excepciones y el plazo de prescripción deben ser válidas tanto para la responsabilidad estatal como para la civil.

C.—Los responsables: la llamada «canalización» de la responsabilidad

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

46. Como se ha visto, conviene establecer quién será en principio responsable, dentro del Estado de origen, por el daño transfronterizo causado, para así facilitar las acciones a las víctimas. Este procedimiento es seguido en todas las convenciones sobre responsabilidad civil, en las que la responsabilidad se «canaliza» o se «encauza» hacia ciertas personas: las víctimas deben dirigir su acción contra el explotador responsable o bien contra el asegurador o el garante financiero del explotador, pero no contra otras personas. Normalmente, el explotador puede ejercer la acción de repetición contra un tercero si hay base jurídica para ello (por ejemplo contra un proveedor que le vendió un material defectuoso que causó el accidente), con excepción de lo dispuesto en la Convención de Viena y en el Convenio de París sobre daños nucleares, en la Convención de Bruselas sobre la responsabilidad de los

explotadores de buques nucleares y en el Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, instrumentos en los que, quizás debido a la magnitud de los riesgos y de los correspondientes seguros, se priva al explotador de esa posibilidad, para que sea el único constrañido a asegurarse.

47. Habitualmente es responsable el que tiene el control de la actividad en el momento en que se produce el incidente. Generalmente quien tiene el control es el explotador. En algunas convenciones se establece una presunción: tiene el control el que figura en el registro público del Estado de origen como dueño de la instalación, o del buque, o de lo que fuere, y en caso de no existir tales registros, directamente el propietario [Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, párrs. 1 a 3 del art. 2; Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), párr. 8 del art. 1].

48. En ciertos instrumentos también se contempla el caso de que el daño sea causado por un hecho continuo o por una serie de hechos del mismo origen (Convención de Lugano, párrs. 1 a 4 del art. 6; Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, art. 3).

49. Indudablemente, el instrumento que mejor puede ayudarnos para determinar la figura del responsable es la Convención de Lugano, puesto que intenta, como el proyecto en examen, cubrir todas las actividades peligrosas.

50. Dicho instrumento comienza por enunciar en el preámbulo el régimen de responsabilidad objetiva «teniendo en cuenta el principio contaminador-pagador» y cita el principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²⁷, que dice:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

51. El artículo 2 de la Convención de Lugano (Definiciones) dice que «“explotador” significa la persona que ejerce el control de una actividad peligrosa». Son de interés los párrafos 1 a 3 del artículo 6 (Responsabilidad respecto de las sustancias, organismos y ciertas instalaciones o sitios de desechos), que dicen así:

1. El explotador de una actividad peligrosa contemplada en el artículo 2, párrafos a a c es responsable de los daños causados por dicha actividad, resultantes de incidentes sobrevenidos en el momento o durante el período en que ejercía su control;

²⁷ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III, Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y rectificativos), vol. I: Resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I, pág. 4.

2. Si un incidente consiste en un hecho continuo, todos los explotadores que hubieren ejercido sucesivamente el control de la actividad peligrosa mientras haya durado el incidente son solidariamente responsables. Sin embargo, si un explotador probare que el hecho que sobrevino durante el período en que ejerció el control de la actividad peligrosa no ha causado sino una parte del daño, no será responsable sino por esa parte;

3. Si el incidente consiste en una sucesión de hechos del mismo origen, los explotadores que hubieren ejercido el control de la actividad peligrosa en el momento en que se hubiere producido uno cualquiera de tales hechos, son solidariamente responsables. Sin embargo, si un explotador probare que el hecho sobrevenido en el momento en que él ejercía el control de la actividad peligrosa no ha causado sino una parte del daño, no será responsable sino por esa parte.

52. El párrafo 4 del mismo artículo 6 es aplicable a una actividad peligrosa que hubiera cesado definitivamente en una instalación o sitio determinados. En tal caso, si aparece un daño atribuible a la actividad, el responsable es el último explotador, a menos que él o la víctima prueben que todo o parte del daño han sido causados por un acontecimiento anterior a su explotación, en cuyo caso se aplican las disposiciones de los párrafos 1 a 3.

53. Asimismo, el artículo 7 se refiere a la responsabilidad del explotador de un sitio de depósito permanente de desechos. Estos dos últimos puntos se justifican en la Convención de Lugano que comentamos porque dentro de la definición de actividades «peligrosas para el medio ambiente» del artículo 2 figuran explícitamente, en el apartado c del párrafo 1: «la explotación de una instalación o de un sitio de incineración, de tratamiento, de manipulación o de reciclaje de desechos», y en el apartado d: «la explotación de un sitio de depósito permanente de desechos». En el caso del presente proyecto de artículos, como aún no se ha emprendido la tarea de identificar con mayor precisión las actividades comprendidas (sólo se ha fijado un umbral de «riesgo significativo»), la consideración del concepto contenido en ambos puntos deberá ser postergado.

54. También es pertinente el párrafo 4 del artículo 7, que dice:

Ninguna disposición de la presente Convención se opondrá al derecho de recurso del explotador contra cualquier tercero.

Con lo cual queda claro que la existencia de dicho recurso queda librada a la ley nacional y además que los autores de esta Convención no han seguido a los instrumentos en materia de responsabilidad civil por daños de origen nuclear, en los que las pérdidas quedan a cargo del explotador o de su asegurador.

2. TEXTOS PROPUESTOS

55. Por las razones expuestas, el Relator Especial propone los siguientes textos.

56. En el artículo 2 (Términos empleados), cabría agregar un apartado que dijera:

«El término “explotador” designa a la persona que ejerce el control de una actividad contemplada en el artículo 1.»

57. Y luego habría que agregar los siguientes artículos, con la numeración que corresponda a la que adopte finalmente el Comité de Redacción:

«Artículo A.—Responsabilidad del explotador

»El explotador de una actividad contemplada en el artículo 1 será responsable por todo daño transfronterizo significativo que causare dicha actividad durante los períodos en que ejerciere su control sobre la misma.

»a) En caso de hechos continuados, o de una serie de hechos del mismo origen, la responsabilidad de los explotadores definida en el párrafo anterior será solidaria;

»b) Si el explotador probare que durante el período del hecho continuado por el cual es responsable no se ha producido sino una parte del daño, responderá solo por esa parte;

»c) Si el explotador probare que el hecho del que es responsable y que forma parte de una serie de hechos de un mismo origen, sólo ha causado una parte del daño, responderá por esa parte.

»Artículo B.—Repetición contra terceros

»Ninguna disposición de los presentes artículos se opondrá al derecho de recurso que la ley del tribunal competente otorgue al explotador contra cualquier tercero.»

D.—Obligación de tomar seguro

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

58. Como se ha visto antes, en todos los instrumentos sobre responsabilidad civil se impone al explotador la obligación de tomar un seguro para pagar las indemnizaciones. En algunos instrumentos se establece la cuantía del seguro en relación con el tope fijado para las indemnizaciones, que las autoridades nacionales pueden en ciertos casos rebajar según la peligrosidad que adviertan en la actividad en cuestión. Sería difícil establecer tales topes en un instrumento como el que es objeto de este informe, con el que se intenta cubrir todas las actividades peligrosas, porque variarían de una a otra actividad. La Convención de Lugano, también de carácter general, como se ha visto, no lo hace.

59. Se debería, en cambio, dejar librada a las autoridades nacionales fijar la cuantía mínima del seguro, o de la garantía financiera, sobre la base del resultado que arroje la evaluación del riesgo, obligatoria para las actividades peligrosas, como establece el proyecto de artículo 12²⁸.

²⁸ Véase nota 20 *supra*.

60. El comentario al artículo 12 de la Convención de Lugano, que figura en el informe explicativo adjunto a la Convención²⁹, dice así:

La Convención requiere a las Partes, cuando fuere apropiado, que aseguren en su derecho interno que los explotadores tengan una garantía financiera para cubrir su responsabilidad bajo la Convención y que determinen su alcance, condiciones y formas. En particular, puede ponerse un cierto límite a la garantía financiera.

La disposición invita a las Partes a tener en cuenta los riesgos que presenta la actividad cuando fijen a su respecto el requerimiento de la garantía financiera.

Al aplicar este artículo, pueden tenerse en cuenta las consideraciones siguientes: primero, el hecho de que ciertas actividades en sí mismas implican un riesgo mayor de daño; segundo, que algunas compañías pueden no tener la capacidad financiera para pagar indemnización a las personas que sufran el daño en ausencia de un seguro o de una garantía financiera, y tercero, evitar que la obligación se haga de imposible cumplimiento a causa de la imposibilidad de prever el riesgo y de establecer una garantía financiera para cubrirlo.

El régimen de seguridad o de garantía financiera, mencionado en el artículo, puede existir en muchas formas distintas, ya sea en la de un contrato de seguro o en la de cooperación financiera de los explotadores que desarrollan una forma específica de actividad peligrosa, para cubrir los riesgos inherentes a esa actividad. Tal esquema financiero tendría la función de garantizar la indemnización por el daño causado por una actividad peligrosa cumplida por uno de esos explotadores.

También sería posible cubrir los riesgos correspondientes con un contrato de seguro. Otra posibilidad podría ser que un explotador tuviera suficientes recursos financieros propios para cubrir los riesgos de la actividad peligrosa que conduce.

Es probable que, luego de la entrada en vigor de la Convención, el mercado de seguros en el terreno del daño ambiental incremente su desarrollo, puesto que los riesgos y la responsabilidad por la contaminación serán mejor conocidos y los regímenes de seguridad financiera podrán ser gradualmente reemplazados por contratos de seguros.

2. TEXTOS PROPUESTOS

61. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone los artículos siguientes:

«Artículo C.—Las seguridades financieras o el seguro

»Para cubrir la responsabilidad establecida por estos artículos, los Estados de origen impondrán, cuando sea apropiado, a los explotadores que conduzcan una actividad peligrosa en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, su participación en un régimen de seguridad financiera o bien que mantengan otra garantía financiera entre ciertos límites que determinarán las autoridades de esos Estados conforme a la evaluación del riesgo de la actividad en cuestión y a las condiciones que fije su derecho interno.

»Artículo D.—Acción directa contra el asegurador o el garante financiero

»Cualquier acción de indemnización podrá ser dirigida directamente contra el asegurador u otra persona

²⁹ Véase suplemento de CDCJ (92) 50, párr. 67.

que hubiere otorgado las garantías financieras del artículo anterior.»

E.—Tribunal competente

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

62. Los instrumentos existentes varían en cuanto a las posibilidades de elección del tribunal por el damnificado. El Convenio de París (art. 13) y la Convención de Viena (art. XI), las limitan al tribunal competente del Estado de la instalación nuclear. El proyecto de protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización en caso de daños resultantes de los movimientos transfronterizos y la eliminación de desechos peligrosos³⁰ elaborado por el Grupo especial compuesto por expertos jurídicos y técnicos nombrado por la Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, fija, en el artículo 10, tres bases para establecer la competencia: *a*) donde se sufrió el daño, *b*) donde éste se originó y *c*) donde el presunto responsable reside, tiene su domicilio o el asiento principal de sus negocios. Asimismo, se establece la obligación de cada parte contratante de asegurar que sus tribunales tengan competencia para recibir las correspondientes demandas de indemnización. En su artículo 19, la Convención de Lugano enumera prácticamente las mismas posibilidades que el proyecto de protocolo para establecer la competencia, sólo que en el apartado *c* del párrafo 1 de dicho artículo se limita la competencia en razón del domicilio al lugar de residencia habitual. El artículo 19 de la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), enumera cuatro bases para establecer la competencia: *a*) donde se produjo el daño, *b*) donde ocurrió el incidente, *c*) donde se tomaron las medidas preventivas para prevenir o minimizar el daño (nuestras «medidas de respuesta») y *d*) donde el transportista tiene su residencia habitual. Considerando que donde el daño se originó (base *b* para establecer la competencia del proyecto de protocolo), será normalmente también el lugar donde ocurrió el incidente (base *b* de la Convención CRTD) y que el transportista en esta Convención equivale al «presunto responsable» del proyecto de protocolo, la novedad en la Convención CRTD es la competencia del tribunal del lugar donde se tomaron las medidas preventivas. El artículo 20 del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras sólo contempla la competencia de los tribunales del Estado donde hayan ocurrido los daños, salvo acuerdo en contrario. El artículo 11 del Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos determina que serán competentes: *a*) los tribunales del Estado miembro donde se sufrió el daño como resultado del incidente, o *b*) los del Estado de control, al que el artículo 1, párrafo 4 define como el Estado miembro que ejerce derechos soberanos

en la exploración o explotación de los recursos naturales del fondo y subsuelo marinos en el área en la cual, o sobre la cual, está situada la instalación. Este Estado de control parece ser equivalente al Estado de origen de nuestro proyecto, puesto que es el Estado de la instalación donde se ejerce la actividad contaminante.

63. Pensamos que debiera dejarse al actor la posibilidad de elegir la jurisdicción, en función de la que le resulte más ventajosa: *a*) la del Estado de origen, que puede a veces ser más apropiada si el interés de la víctima reside en obtener pruebas relativas al incidente mismo, o *b*) la del Estado afectado, donde la prueba de los daños se puede reunir más fácilmente y donde presumiblemente los damnificados conozcan mejor el procedimiento si efectivamente residen allí. Asimismo, se facilitaría la acción del actor al no obligárselo a llevar un juicio fuera de su lugar de residencia, con los costos y las incertidumbres consiguientes. Una tercera posibilidad sería la jurisdicción de la residencia habitual, del domicilio o del asiento principal de los negocios del actor, por las razones citadas en último término en el comentario de la anterior alternativa. En cambio, no parece convincente contemplar como cuarta posibilidad el tribunal donde fueron tomadas las medidas de respuesta, porque todo indica que éstas deben ser tomadas en la gran mayoría de los casos ya sea en el territorio del Estado de origen, ya sea en el del afectado y no valdría la pena considerar una posibilidad algo remota, como la de que tales medidas se adopten en un tercer país.

2. TEXTO PROPUESTO

64. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

»Artículo E.—Tribunal competente

»Las acciones por indemnización de daños que correspondan a la responsabilidad civil del explotador sólo podrán interponerse ante los tribunales competentes de un Estado miembro, ya sea del afectado, o del Estado de origen o del Estado donde el explotador responsable tiene su domicilio, o su residencia o el asiento principal de sus negocios.»

F.—Aplicación de la ley nacional sin discriminación

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

65. La ley nacional debe utilizarse para complementar la aplicación de los artículos del proyecto en las cuestiones que no están regidas por éstos, naturalmente en forma compatible con la letra así como con el objeto y fin del proyecto. Por ley nacional se entenderá aquella del tribunal competente para entender en el asunto de que se trate.

³⁰ Véase nota 11 *supra*.

66. El principio de no discriminación propuesto en el artículo 10 del proyecto³¹ dice:

Los Estados Partes considerarán de la misma manera los efectos de una actividad que se produzcan en territorio o bajo la jurisdicción o control de otro Estado que aquellos que tengan lugar en su propio territorio. *En particular, aplicarán las disposiciones de los presentes artículos y de sus leyes nacionales sin discriminación en cuanto a la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas perjudicadas por las actividades del artículo 1**.

La segunda frase parece perfectamente aplicable al capítulo de responsabilidad civil y tiene sus antecedentes, entre otros, en el artículo 14, apartado c del Convenio de París, que dice: «El derecho y la legislación nacional deberán aplicarse sin discriminación alguna basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia». En el sexto informe el Relator Especial introdujo en el artículo 30, relativo a la aplicación de la ley nacional, un párrafo que repetía la redacción del Convenio de París, en el sentido de que los artículos del proyecto, así como el derecho y la legislación nacional, debían aplicarse sin discriminación basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia. El Relator Especial reconoce, sin embargo, que si el artículo 10 es aceptado en la forma propuesta, sería innecesaria la repetición de su segunda parte en el capítulo de la responsabilidad.

2. TEXTOS PROPUESTOS

67. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone los artículos siguientes:

«Artículo F.—Recursos internos

»Las Partes proveerán en su derecho interno los recursos judiciales que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por actividades del artículo 1.

»Artículo G.—Aplicación de la ley nacional

»Los tribunales competentes aplicarán su ley nacional a todas las materias, tanto de fondo como de procedimiento, que no hayan sido específicamente tratadas en estos artículos.»

G.—Causalidad

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

68. El artículo 10 de la Convención de Lugano establece:

El tribunal, cuando evalúa la prueba de la relación de causalidad entre el incidente y el daño o, en el marco de una actividad peligrosa definida en el artículo 2, párrafo 1, apartado d, la de la relación entre

dicha actividad y el daño, debe tener debidamente en cuenta el riesgo acrecido de que se produzca el daño, inherente a la actividad peligrosa.

Una disposición similar se encuentra en la legislación de algunos países. En el informe explicativo adjunto a la Convención se dice:

Este artículo tiende a incitar al tribunal, cuando evalúa la prueba relativa al vínculo causal entre el incidente y el daño o, en el caso de los sitios destinados a depósito permanente de desechos, entre la actividad y el daño, a tener en cuenta el riesgo acrecido de daños de una actividad peligrosa específica. Para ayudar a la obtención de una indemnización, este artículo toma en cuenta los riesgos específicos que tienen ciertas actividades peligrosas de provocar daños. La Convención no crea una verdadera presunción de relación de causalidad. La disposición actúa como complemento del sistema de responsabilidad objetiva. Forma parte por ende del conjunto de normas destinadas a ayudar a la persona que ha sufrido el daño a probar el vínculo causal, que puede en la práctica ser difícil³².

69. En el *Libro verde sobre reparación de los daños causados al medio ambiente* de la Comisión de las Comunidades Europeas destinado al Consejo y al Parlamento Europeos y al Comité Económico y Social, que se refiere a los problemas relacionados con la prueba del vínculo causal, se encuentra una disposición que alude a los problemas vinculados a la relación de causalidad:

Para poder obtener indemnización la parte perjudicada debe probar que el daño es consecuencia de un acto de la parte inculpada, o de un incidente del que fue responsable dicha parte. No obstante, en el caso de daño ecológico se plantean problemas especiales al respecto: como se indica en la sección sobre contaminación crónica, a veces no se puede establecer el nexo causal si el daño es resultado de las actividades de varias partes distintas; también surgen dificultades si el daño no se manifiesta hasta pasado un tiempo. Por último, es difícil establecer científicamente el nexo causal entre la exposición a la contaminación y el daño, y puede ocurrir que la parte responsable intente refutar las pruebas de causalidad presentadas por la parte perjudicada, planteando otras posibles explicaciones científicas sobre el daño³³.

2. TEXTO PROPUESTO

70. El Relator Especial estima que una disposición similar puede proponerse a la Comisión como artículo H, pues tal es el espíritu que anima a los artículos del proyecto: facilitar a la víctima inocente la promoción de la acción para obtener reparación por el daño sufrido. Como no se ha decidido acerca de si la actividad relativa a un sitio permanente de depósito de desechos debe o no formar específicamente parte de la definición de actividades peligrosas, el texto no debería por ahora tener en cuenta esa posibilidad. Pero es particularmente importante subrayar, tal vez en el comentario, que este artículo no crea una presunción de causalidad entre el incidente y el daño.

«Artículo H

»Al apreciar la prueba de la causalidad entre el incidente y el daño, el tribunal tendrá debidamente en cuenta el riesgo acrecido de provocar el perjuicio que es inherente a la actividad peligrosa.»

³¹ El artículo 10 del proyecto había sido presentado por el Relator Especial en su sexto informe [*Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 89 y ss, doc. A/CN.4/428 y Add.1, en particular págs. 98, 99 y 114.

³² Véase doc. CDCJ (92) 50 (nota 29 *supra*), párr. 63.

³³ Documento COM (93) 47, final, Bruselas, 14 de mayo de 1993, págs. 10 y 11, punto 2.1.8.

H.— Ejecutoriedad de la sentencia

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

71. Las convenciones sobre responsabilidad civil suelen incluir además disposiciones sobre la ejecutoriedad de la sentencia, que creemos conveniente incluir también en el proyecto de artículos, dado su carácter general (intenta abarcar todas las actividades peligrosas de riesgo significativo) y mundial (por oposición a regional). Teniendo en cuenta esas características del proyecto, se hace necesario tomar en consideración en el mismo que el concepto de orden público y el enfoque de otras situaciones que contempla el artículo que proponemos varía considerablemente entre los distintos países a los que se aplicaría el mismo.

72. El Convenio de París (art. 13, apart. e) establece:

Quando las sentencias pronunciadas previa actuación de las partes o en rebeldía por el tribunal competente en virtud de las disposiciones del presente artículo sean firmes con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, también serán firmes en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Parte Contratante interesada. No se admitirá nuevo examen del fondo del asunto. Esta disposición no se aplicará a las sentencias que sean firmes provisionalmente.

73. Por su parte, en la Convención de Viena (art. XII) se estipula:

1. La sentencia definitiva dictada por un tribunal al que corresponda la competencia en virtud del artículo XI de la presente Convención será reconocida en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, a menos que:

- a) La sentencia se haya obtenido mediante fraude;
 - b) No se le haya dado a la parte contra la que se dicte la sentencia la posibilidad de presentar su defensa en condiciones equitativas;
 - c) La sentencia sea contraria al orden público de la Parte Contratante en la que se gestione su reconocimiento, o no se ajuste a las normas fundamentales de la justicia.
2. Toda sentencia definitiva que sea reconocida tendrá fuerza ejecutoria, una vez que se pida su ejecución de conformidad con las formalidades exigidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se demande la ejecución, como si se tratase de una sentencia dictada por un tribunal de esa Parte Contratante.
3. Una vez que se haya dictado la sentencia no podrá revisarse el litigio en cuanto al fondo.

74. Asimismo, la Convención CRTD (art. 20) establece:

1. Toda sentencia dictada por un tribunal con competencia de acuerdo al artículo 19, que sea ejecutoria en el Estado de origen y que no esté sujeta a una forma ordinaria de revisión, será reconocida en cualquier Estado Parte, salvo que:

- a) la sentencia haya sido obtenida con fraude;
 - b) que el demandado no haya sido notificado con una anticipación razonable y no se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa debidamente;
 - c) la sentencia sea incompatible con una anterior, dictada sobre los mismos hechos y para las mismas partes, pronunciada en el mismo Estado al que se pide el reconocimiento o en otro Estado Parte competente según el artículo 19 y ya reconocida por el Estado solicitado.
2. La sentencia reconocida según el párrafo precedente de este artículo será ejecutable en cualquier Estado Parte tan pronto se cumplan las formalidades requeridas en ese Estado. El cumplimiento de tales formalidades no significará que el caso pueda ser reabierto en cuanto al fondo.

Este texto no incluye la causal de orden público y, en cambio, incluye en el apartado c del párrafo 1, la incompatibilidad con una sentencia anterior contradictoria, referida a la misma causa y a las mismas partes, pronunciada en el mismo Estado donde se pide el reconocimiento de la sentencia o reconocida por éste. El informe explicativo de la CRTD no da una buena razón para ese cambio, excepto que se procuró reducir en lo posible el número de causales de no reconocimiento³⁴.

75. También la Convención de Lugano incluye una disposición similar en su artículo 23 y vuelve a incluir la causal del orden público, dejando en cambio de lado la de fraude y agrega la de incompatibilidad con una decisión anterior sobre un litigio entre las mismas partes, pronunciada en el Estado donde se pide el reconocimiento y también si es inconciliable con una decisión anterior adoptada en otro Estado parte en la Convención, en un litigio entre las mismas partes por la misma causa, cuando dicha decisión reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado parte donde éste se pide. El informe explicativo³⁵ dice que las reglas se basan en los Convenios de Bruselas (1968) y de Lugano (1988) relativos a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial.

2. TEXTO PROPUESTO

76. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el artículo siguiente:

«Artículo I.—Ejecutoriedad de la sentencia

»1. Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que:

- »a) la sentencia hubiere sido obtenida mediante fraude;
- »b) no se hubiere notificado la demanda con antelación razonable para que el demandado pudiera presentar su defensa en condiciones apropiadas;

»c) la sentencia fuere contraria al orden público del Estado en que se gestione su reconocimiento, o no se ajustase a las normas fundamentales de la justicia;

»d) la sentencia fuere incompatible con una sentencia anterior pronunciada en el Estado donde se procura el reconocimiento, respecto a un litigio por los mismos hechos y entre las mismas partes.

»2. Una sentencia reconocida de acuerdo al párrafo precedente tendrá fuerza ejecutoria en cualquiera de los Estados miembros desde el momento en

³⁴ CEE, Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (ECE/TRANS/84) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.39), pág. 52, párr. 126.

³⁵ Véase nota 29 *supra*.

que se cumplan las formalidades prescritas por el Estado miembro en que se gestione la ejecución. No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto.»

I.—Excepciones a la responsabilidad

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

77. Se decía en el sexto informe³⁶:

La existencia de casos excepcionales en que no surge la responsabilidad o en que ésta no se aplica a ciertas personas en determinadas circunstancias es común a la mayor parte de las convenciones sobre la responsabilidad por daños causados como consecuencia de actividades específicas, ya se trate de responsabilidad civil, ya de responsabilidad del Estado, aun cuando la responsabilidad sea objetiva o «causal». Así, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, que establece la responsabilidad del Estado por tales daños, prevé, en el párrafo 1 del artículo VI, que:

«[...] un Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente.»

Esta es la única causal de exención de la responsabilidad contemplada por dicho Convenio. Las otras convenciones agregan más causales de exención. Se basan en la «canalización» de la responsabilidad «causal» hacia el explotador, a quien se hace único responsable por los daños. [...] La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963, prevé, en el párrafo 2 del artículo IV, una excepción similar a la anterior referente a «negligencia grave» o «acción u omisión dolosa» de parte de la aparente víctima, pero la deja librada a la apreciación del tribunal y siempre que la legislación nacional vaya en el mismo sentido. En cambio, la misma Convención, en el párrafo 3 del artículo IV, admite sin restricciones la excepción respecto a los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a: a) «conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección», o b) a una «catástrofe natural de carácter excepcional».[...]

78. El informe continúa así:

La Convención de Wellington de 1988 [reglamentaria de las actividades sobre los recursos minerales antárticos], prevé, en el párrafo 4 del artículo 8, que:

«4. El explotador no incurrirá en responsabilidad [...] si prueba que el daño ha sido causado directamente, y en la medida en que hubiera sido causado directamente, por:

»a) un acontecimiento que, en las circunstancias de la Antártica, constituya un desastre natural de carácter excepcional, que no hubiera podido ser razonablemente previsto; o

»b) un conflicto armado, si éste ocurriera no obstante el Tratado Antártico, o un acto de terrorismo dirigido contra las actividades del explotador, en contra del cual ninguna medida razonable de precaución hubiera podido ser eficaz.»

Y añade en el párrafo 6 del mismo artículo que:

«Si un explotador prueba que el daño ha sido causado total o parcialmente por un acto u omisión intencional o negligencia grave de la parte que persigue la reparación, ese explotador podrá ser liberado total o parcialmente de su obligación de pagar compensación en relación al daño sufrido por esa parte.»

Varios proyectos importantes, que se examinan en diversos organismos, también consagran excepciones parecidas. Así, en el proyecto de normas sobre compensación por daños causados al medio ambiente, del Consejo de Europa [elaborado para el Comité europeo de cooperación jurídica por el Comité de expertos sobre la indemnización de

daños causados al medio ambiente], la norma 3, que trata de la responsabilidad del explotador, prevé, en el párrafo 4, que:

«El explotador no incurrirá en responsabilidad si prueba:

»a) que el daño resulta exclusivamente de un acto de guerra, de hostilidades, de una guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;

»b) que el daño es causado exclusivamente por un acto hecho con la intención de causar daño por un tercero, a pesar de las medidas de seguridad apropiadas al tipo de actividad peligrosa en cuestión;

»c) que el daño fue causado exclusivamente por un acto realizado en cumplimiento de una orden expresa o de decisiones de una autoridad pública.»

79. Por último, el informe indica que la Convención CRTD de 1989 dispone, en el párrafo 4 del artículo 5, que:

«El transportista no será responsable si demuestra que:

»a) los daños fueron el resultado de un acto de guerra, de hostilidades, de guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o

»b) los daños fueron provocados por entero por una acción u omisión de un tercero con intención de provocar daño; [...]

Y en el párrafo 5, agrega:

«Si el transportista demuestra que los daños han sido causados en todo o parte por una acción u omisión con la intención de provocar daños de la persona que sufrió los daños o por la negligencia de esa persona, el transportista podrá ser exonerado en todo o parte de su responsabilidad respecto de esa persona.»

80. Respecto de los instrumentos citados en el sexto informe, cabe agregar que la Convención de Lugano, reiteradamente citada en este informe, en el artículo 8 de su texto definitivo recoge esas tres causales de exención de responsabilidad, a las que agrega otras dos: cuando el daño fue causado por una contaminación de nivel tolerable teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes (apartado d) o por una actividad peligrosa efectuada legalmente en interés de la víctima, en la medida en que hubiere sido razonable exponer a dicha persona a los riesgos de la actividad peligrosa (apartado e). En cuanto a la comentada Convención CRTD, también reiteradamente citada en este informe, el párrafo 4 de su artículo 5 también recoge textualmente las causales enunciadas, a las que agrega en el apartado c otra propia de un instrumento sobre transporte, que exonera de responsabilidad al transportador, si prueba que

[...] el consignatario o cualquier otra persona no cumplió con su obligación de informarle sobre la naturaleza peligrosa de las mercaderías y ni él ni sus dependientes o agentes la conocían o deberían haberla conocido.

El párrafo 5 del mismo artículo 5 permaneció sin cambios.

81. Los intentos más recientes siguen las mismas líneas generales que las que acabamos de comentar. El proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación³⁷ incluye un párrafo 4 en su artículo 4 sobre responsabilidad, que reza así:

No habrá responsabilidad si el daño es:

a) resultado de un *imprevisible** acto de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;

³⁶ Doc. A/CN.4/428 y Add.1 (véase nota 31 *supra*), párrs. 56 a 59.

³⁷ Véase nota 11 *supra*.

b) resultado de un fenómeno natural imprevisible de carácter excepcional, inevitable e irresistible;

c) resultado de conducta ilícita e intencional de un tercero que haya sido la causa exclusiva del daño, teniendo en cuenta que debieron tomarse todas las medidas razonables de seguridad para evitar las consecuencias de tal conducta;

d) resultado del cumplimiento de una orden específica de una autoridad pública.

Y en el párrafo 5 se dispone que:

Podrá haber exención parcial [o total] de la obligación de indemnizar si la persona que sufrió el daño o una persona por la cual él es responsable según su ley nacional contribuyó al daño [o fue su causa única] teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Como se ve, las causales de exención de responsabilidad están definidas en este proyecto de una manera un poco más estricta, pero habrá que ver si esta tendencia se confirma en el texto definitivo.

82. Respecto a la responsabilidad del Estado por el pago de las indemnizaciones, si ésta queda comprometida como consecuencia de un hecho ilícito, regirán las causales de exención de la ilicitud de la primera parte del proyecto de la Comisión que serían aplicables³⁸. Si se siguiera el sistema de los convenios y convenciones sobre responsabilidad por daños nucleares, la responsabilidad del Estado, bien que subsidiaria de la responsabilidad del particular, sería del mismo carácter que la de éste y entonces regirán para el Estado las mismas causales de exen-

³⁸ Para el texto de los artículos pertinentes de la primera parte del proyecto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 32 y 33, párr. 34.

ción que para el explotador, de manera que la responsabilidad del Estado por las sumas faltantes correría la misma suerte que la responsabilidad del explotador. Por último, si se sigue la tercera alternativa ofrecida, esto es la exclusión de la responsabilidad del Estado por incidentes, la relación sería de Estado a Estado, como se ha visto, y las causales de exención de ilicitud de la primera parte del proyecto serían aplicables.

2. TEXTO PROPUESTO

83. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

«Artículo J.—Eximentes

»1. No habrá responsabilidad del explotador:

»a) Si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o

»b) Si el daño fue causado enteramente por un acto u omisión de un tercero cuya intención hubiere sido causar daño.

»2. Si el explotador probare que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión de la persona que sufrió el daño, o por su negligencia, podrá ser eximido total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona.»

CAPÍTULO IV

Disposición común a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad civil

A.—Comentarios explicativos

84. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad debería ser aplicable tanto a la que se origina en un hecho ilícito como a la responsabilidad objetiva. En el sexto informe³⁹ se dijo lo siguiente para fundamentar el artículo 27 que el Relator propuso en ese entonces:

También es común fijar un plazo a partir del cual prescribe la acción de responsabilidad. Las mismas convenciones citadas como fundamento del artículo 26 pueden traerse a colación aquí. El Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, establece, en su artículo X, la prescripción de la siguiente manera:

«Artículo X

»1. La reclamación de la indemnización por daños podrá ser presentada a un Estado de lanzamiento a más tardar en el plazo de

un año a contar de la fecha en que se produzcan los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento que sea responsable.

»2. Sin embargo, si el Estado no ha tenido conocimiento de la producción de los daños o no ha podido identificar al Estado de lanzamiento, podrá presentar la reclamación en el plazo de un año a partir de la fecha en que lleguen a su conocimiento tales hechos; no obstante, en ningún caso será ese plazo superior a un año a partir de la fecha en que se podría esperar razonablemente que el Estado hubiera llegado a tener conocimiento de los hechos mediante el ejercicio de la debida diligencia.»

El Convenio de París de 1960 y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 establecen, en el artículo 8 y en el artículo VI, respectivamente, un plazo de diez años a contar desde la fecha de producido el accidente nuclear que ocasionó el daño. El proyecto de normas del Consejo de Europa, en su norma 9, fija en tres o en cinco años (no está todavía decidido) el plazo, que se cuenta desde que el actor supo, o debió razonablemente haber tomado conocimiento, del daño y de la identidad del explotador. En todo caso, las acciones se prescriben luego de transcurridos 30 años de la fecha del accidente. El artículo 18 de la Convención CRTD de 1989 fija un plazo de tres años desde la fecha en que la víctima supo, o debió saber, que se había producido el daño y la identidad del porteador.

³⁹ Doc. A/CN.4/428 y Add.1 (véase nota 31 *supra*), párrs. 60 y 61.

85. Cabe agregar que el proyecto citado es hoy en día la Convención de Lugano, que aborda el tema en su artículo 17, el que establece en su párrafo 1 una prescripción de tres años, que corre

a partir de la fecha en que el actor ha tenido conocimiento, o habría razonablemente debido tenerlo, del daño y de la identidad del explotador. Según el mismo párrafo, a este plazo de prescripción se le aplica la legislación de las Partes en materia de suspensión o interrupción de los plazos de prescripción.

El párrafo 2 agrega:

Sin embargo, ninguna acción de reparación puede intentarse tras un plazo de 30 años a contar de la fecha en que se produjo el acontecimiento que causó el daño. Cuando el evento consista en un hecho continuo, el plazo de los 30 años correrá a partir del fin de tal hecho. Cuando el evento consista en una sucesión de hechos del mismo origen, el plazo de 30 años correrá a partir del último de tales hechos.

La Convención CRTD fija en tres años el período durante el cual puede interponerse la acción, a partir del momento en que la víctima conoció o debió razonablemente tener conocimiento del daño y de la identidad del transportador. Ese plazo puede prorrogarse por acuerdo entre las partes interesadas luego de producido el incidente. En todos los casos, las acciones se prescriben pasados diez años de la fecha en que se produjo el incidente que causó el perjuicio. En caso de que el incidente consista en una sucesión de hechos, los plazos se cuentan a partir del último hecho.

86. El comentario pertinente del informe explicativo de la CRTD⁴⁰ reconoce como antecedentes, entre otros, el párrafo 2 del artículo 10 de la Directiva europea de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos:

Hubo sin embargo algún desacuerdo en cuanto al establecimiento en el párrafo 2 de un segundo plazo de prescripción a partir de la fecha del incidente que causó el daño. Si bien se expresó algún apoyo en favor de no imponer límites, como sucede en la directiva europea referida, una mayoría de delegaciones gubernamentales se pronunció a favor de la introducción del límite, que en definitiva se fijó en 10 años, lo que se consideró suficiente para garantizar una adecuada protección a las víctimas, sin crear dificultades a los aseguradores con un período demasiado largo, ya que deberían mantener las reservas necesarias para satisfacer su eventual responsabilidad, y a los encargados de la distribución del fondo de limitaciones, si las demandas pudieran inter-

⁴⁰ ECE/TRANS/84 (véase nota 34 *supra*), párrs. 119 y 120.

ponerse demasiados años luego del incidente.

El informe explicativo agrega que la interrupción o la suspensión de la prescripción se rigen por la ley nacional, como lo establece la Directiva europea de 1985.

87. El plazo de prescripción de tres años para la aplicación de la «regla del descubrimiento» es razonable. En el terreno nuclear, sin embargo, se fijan diez años debido a que algunos de los perjuicios de origen radiactivo pueden tardar un tiempo relativamente largo en manifestarse. En cuanto al plazo máximo para la presentación de demandas, el de diez años puede ser apropiado para instrumentos como la Convención CRTD pero demasiado corto en el caso de situaciones previstas en otros instrumentos, como el Convenio de París y la Convención de Viena sobre daños nucleares, que establecen un plazo de 30 años. El mismo término se fija, como vimos, en la Convención de Lugano. Ese plazo parece el adecuado para el proyecto de artículos, que también se refieren a las actividades peligrosas en general.

B.—Texto propuesto

88. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

«Artículo K.—Plazos

»Las acciones por responsabilidad de estos artículos prescribirán luego de un período de tres años a partir de la fecha en que el actor tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del explotador o del Estado de origen en caso de responsabilidad del Estado. No podrá interponerse acción alguna luego de transcurridos 30 años de la fecha del incidente que causó el daño. Si el incidente consistió en un hecho continuo, los plazos comenzarán a contarse a partir del momento en que comenzó, y si consistiera en una serie de hechos del mismo origen, a partir del último.»

CAPÍTULO V

Vías de procedimiento

A.—Introducción

89. Aunque no se proponen en el presente informe artículos específicos respecto a los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de que trata el proyecto, el Relator Especial considera conveniente examinar el tema para conocer las reacciones de los miembros de la Comisión y estar en mejores condiciones, dado el caso, de proponer artículos. Asimismo, las ventajas e inconvenientes de cada una de las vías posibles de procedimiento pueden ser un factor importante para la aceptación por los

Estados de los sistemas de responsabilidad que hemos considerado antes. Por ejemplo, la responsabilidad subsidiaria del Estado por hecho ilícito en el marco de las indemnizaciones por daños causados por incidentes, prevista en el proyecto de protocolo del Convenio de Basilea⁴¹, puede presentar complicaciones procesales mayores que las ventajas de otro orden que aporta porque enfrenta al Estado a particulares en el tema de las indemnizaciones.

⁴¹ Véase nota 11 *supra*.

B.—Examen de las vías de procedimiento

90. A continuación se examinarán las distintas posibilidades que se ofrecen.

1. ESTADO DAMNIFICADO CONTRA ESTADO DE ORIGEN

91. La vía de Estado a Estado puede tener dos variantes, según que el Estado actúe como titular exclusivo de la acción por haber sufrido un daño inmediato o que actúe en nombre y representación de sus nacionales que son los inmediatamente damnificados. En este último caso, la solución de dejar a los particulares la vía de la protección diplomática de su Estado presenta inconvenientes. En derecho internacional la reclamación depende exclusivamente de la voluntad del Estado en cuestión: se introduce con ella un factor perturbador, ya que el Estado, por razones coyunturales o de política exterior, puede no considerar conveniente presentar una reclamación. De ese modo el procedimiento diplomático podría privar a los damnificados de las garantías del debido proceso ante un tribunal regular y su indemnización quedaría librada a la negociación entre Estados y a eventuales transacciones guiadas por móviles que pueden ser ajenos a la noción de *restitutio in integrum*.

92. Por lo demás, la protección diplomática se otorga cuando los individuos perjudicados no tienen otra opción, porque están sujetos a la jurisdicción territorial del Estado contra el cual la protección se dirige y han agotado los recursos internos. El proyecto, en cambio, se coloca en un momento anterior y les abre la principal vía de acción para obtener indemnización a través de la responsabilidad civil. Se considerará entonces la posibilidad de descartar en una primera instancia del sistema del proyecto de artículos la protección diplomática ejercida por el Estado en favor de sus nacionales perjudicados. En ese caso, la vía de Estado a Estado quedaría abierta cuando el Estado afectado fuera el titular de la acción y el Estado de origen el responsable directo. La titularidad de la acción correspondería al Estado afectado cuando fuera *directamente* perjudicado en sus bienes o en su medio ambiente y el Estado de origen sería el responsable directo en dos casos: uno, cuando hubiera responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de prevención, y el otro, cuando el Estado fuera responsable subsidiariamente, ya sea por hecho ilícito o por responsabilidad objetiva.

93. Se desarrollan a continuación las posibilidades de la vía de Estado a Estado:

a) *Indemnizaciones por incidentes producidos en actividades peligrosas*

94. Se examina, en primer término, la hipótesis de que sea el Estado, afectado en forma inmediata por haber sufrido un perjuicio en sus bienes, el que como titular de la acción se dirija contra el otro Estado. Así sucede, por ejemplo, cuando el daño perjudica a su medio ambiente

*per se*⁴². Este concepto de daño al medio ambiente justifica algunas palabras más. Se considera que el Estado es titular de la acción porque el medio ambiente no pertenece a nadie en particular, sino más bien a todos, a la sociedad, a la comunidad nacional que el Estado personifica. En la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para una directiva del Consejo⁴³ sobre la responsabilidad civil por daños causados por desechos, en el punto 6 se dice que el sistema de responsabilidad introducido cubre el daño al medio ambiente. Este debe ser puesto en una nueva categoría separada de las precedentes. El daño al medio ambiente interesa a la sociedad más bien que al individuo. Por su parte, la delegación de Francia, en un documento informal sobre la noción de daño nuclear que distribuyó en el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad por daños nucleares del OIEA, dijo que se trataba de los daños a cosas que no son susceptibles de apropiación, de cosas comunes que no pertenecen a nadie, pero que son susceptibles de un uso común a todos: el aire, el agua, el espacio. Tal tipo de daños no es específico de la energía nuclear sino común a las industrias que pueden generar episodios de contaminación accidental que originan costos necesarios para la limpieza y la restauración del lugar a su estado anterior. *Esas medidas son, la mayor parte de las veces, adoptadas por los poderes públicos que intervienen para proteger a las personas y los bienes.*

95. Si el daño que se está comentando fue producido por explotadores particulares, el Estado actor sólo tendría frente a sí al Estado de origen si éste responde en forma subsidiaria en alguna de las dos variantes que se examinaron antes: a) directamente por lo que no cubra el explotador o su seguro (sistema del Convenio de París y de la Convención de Viena sobre daños nucleares), o b) por las mismas cantidades, pero sólo si el daño no hubiera ocurrido de no haber mediado su incumplimiento (sistema del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea). Naturalmente que no se aplicaría la hipótesis del Estado demandado si se acepta la tercera alternativa ofrecida más arriba, según la cual el Estado de origen no respondería en ningún caso por los daños causados por incidentes derivados de actividades de personas privadas en su territorio o de otra manera bajo su jurisdicción o control.

96. En la variante a pareciera que la sentencia del tribunal que condenó al explotador privado a pagar cierta suma sirve para que el mismo tribunal declare —una vez que se ha acreditado que aquella no ha sido pagada— el monto de la deuda que debe pagar el Estado. No habría, en principio, problemas de comparecencia del Estado como entidad soberana territorial ante un tribunal nacional: el sistema se subsume dentro del de los particulares entre sí, porque la responsabilidad subsidiaria del Estado por ciertas sumas no cubiertas por el explotador responsable o por su seguro tiene, a criterio del Relator Especial, el mismo carácter que la responsabilidad del particular que el Estado está complementando, pues las convenciones no

⁴² Es importante diferenciar este daño al medio ambiente *per se* del que se produciría en las personas o bienes de los particulares, pero *como resultado* del perjuicio al medio ambiente. Este último sería el caso del daño emergente de una contaminación del agua, por ejemplo, que intoxicara a las personas que la beben, o del lucro cesante que experimenta un hotelero por la ausencia de huéspedes debido a que el aire de la región se ha contaminado.

⁴³ Véase nota 25 *supra*.

prevén excepción o defensa alguna especial para el Estado. Como el juicio contra el particular fue por una responsabilidad objetiva, no se plantearon en él cuestiones relativas a la culpa ni al incumplimiento de obligaciones. Dado el caso, la sentencia es aplicable al Estado, que debe cumplirla en la parte que le corresponde. Desde luego que, a menos que se arbitrara una solución diferente, la sentencia no podría ser ejecutada judicialmente contra el Estado responsable si se quiere permanecer dentro de las líneas generales de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

97. La variante *b*, en cambio, presenta mayores dificultades. Según se señaló oportunamente, el Estado responde también subsidiariamente y por las mismas sumas que en el Convenio de París y en la Convención de Viena, pero sólo si el daño se hubiere producido por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Es una responsabilidad por hecho ilícito y deben por ende probarse ambos extremos en el juicio: *a*) el incumplimiento por el Estado de ciertas obligaciones y *b*) la *causalidad indirecta*, o sea que el daño se produjo debido al incumplimiento por el Estado de sus obligaciones.

98. Pero el Estado parece haber actuado en algunos de esos casos como soberano territorial *juri imperii*, por ejemplo cuando omitió el dictado de la ley que hubiera impuesto al operador la adopción de ciertas medidas preventivas que hubieran impedido la producción del daño. Ya se ha visto que los Estados son reacios a someterse a tribunales de su propia jurisdicción o, en todo caso, a renunciar a sus inmunidades, con lo que se plantea un problema⁴⁴.

99. Como consecuencia del daño al medio ambiente también pueden sobrevenir perjuicios a personas privadas o a sus bienes, como lesiones a su salud u otro daño emergente. Los titulares de la acción serían las personas damnificadas por tratarse de un daño común diferente del daño al medio ambiente y la vía sería judicial ante un tribunal del Estado de origen, contra el explotador responsable. Si el daño fue producido por el Estado como explotador de la actividad en cuestión, el caso debería asimilarse al del Estado afectado contra explotadores particulares, porque el Estado explotador ha actuado *juri gestionis*.

b) Cuestiones no relacionadas con las indemnizaciones por daños causados por incidentes

100. Este capítulo se referiría a la responsabilidad del Estado de origen por incumplimiento de las obligaciones de prevención, con independencia de las indemnizaciones debidas por incidentes causados por las actividades de riesgo. Pueden comprender, como se ha visto precedentemente (párr. 40), indemnizaciones compensatorias por las medidas de precaución razonables que el Estado expuesto debió tomar como consecuencia del riesgo creado y por la no adopción por el Estado de origen de las medidas de prevención impuestas en el proyecto de artículos. Son obligaciones que el Estado de origen tiene en el plano

⁴⁴ Con ese mismo inconveniente tropezó el Comité Permanente que tiene a su cargo el estudio de la reforma del Convenio de París y de la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares y su conclusión fue idéntica a la del Relator Especial.

internacional con los demás Estados que sean miembros del sistema establecido en los artículos en examen y por ende las correspondientes acciones deben ejercerse de Estado a Estado por vía diplomática. La mayor parte de las acciones estarían destinadas, por ejemplo, a obligar al Estado de origen a dictar una ley apropiada que imponga a los operadores la adopción de ciertas medidas precautorias, o a hacer aplicar correctamente una ley existente, o a hacer practicar la evaluación prescrita en el artículo 12 sobre los riesgos de una actividad, etc. Si surgieran controversias internacionales se arreglarían de la manera en que finalmente se proponga en el capítulo correspondiente de los mismos artículos.

2. PARTICULARES DAMNIFICADOS CONTRA ESTADO DE ORIGEN

101. Si el Estado es responsable porque el incidente que produjo el daño se deriva de una actividad de riesgo conducida por el propio Estado actuando *juri gestionis* o por una empresa del Estado, el caso sería análogo al de un particular contra otro particular.

102. No se aplicaría la hipótesis del Estado demandado frente a particulares perjudicados si se acepta el sistema por el cual el Estado de origen no respondería en ningún caso por los daños causados por incidentes derivados de actividades en su territorio o de otra manera bajo su jurisdicción o control, puesto que la responsabilidad del Estado emanada del incumplimiento de las obligaciones de prevención, como se ha visto, se cumple por un cauce separado, esto es por la vía diplomática.

103. Quedaría entonces solamente la responsabilidad subsidiaria del Estado, en sus dos variantes, o sea responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad objetiva.

104. La posibilidad de la responsabilidad subsidiaria del Estado por el hecho ilícito lleva de nuevo al caso de su comparecencia ante tribunales nacionales. Si se adoptara para este caso la vía de los tribunales nacionales competentes, debería establecerse en los artículos que el Estado no puede oponer su inmunidad de jurisdicción porque de lo contrario el sistema no puede funcionar. En cambio, ya se ha visto que la responsabilidad subsidiaria y objetiva del Estado no presenta problemas de enjuiciamiento de la conducta estatal.

3. ESTADO DAMNIFICADO CONTRA PARTICULARES

105. Sería exclusivamente en el caso del daño inmediato al Estado, en sus bienes o en su medio ambiente, que los artículos podrían dirigir al Estado afectado a accionar contra los particulares responsables del daño en lugar de hacerlo contra el Estado de origen. En tales circunstancias, el Estado afectado podría verse en la necesidad de litigar ante tribunales nacionales, eventualmente los del Estado de origen. Cuando participa el Estado se hace difícil la utilización de los tribunales nacionales, que funcionan sin embargo de manera satisfactoria cuando tanto los actores como los demandados son personas privadas. La Convención de Lugano establece la competencia de los

tribunales nacionales de los Estados partes en la Convención para todos los casos de acciones por indemnización. No hace distinción alguna entre que el actor o el demandado sean una persona privada o un Estado. Pero conviene recordar que esta Convención se aplica en el marco de la Unión Europea, entre Estados de gran homogeneidad política y social entre los cuales es factible aceptar esta equiparación. En cambio, planteada una cuestión similar en los convenios relacionados con los daños de origen nuclear, como el Convenio de París y la Convención de Viena, y en el ámbito del Convenio de Basilea, hubo reservas por parte de los Estados para aceptar una solución análoga. Como un argumento adicional en contra de tal solución se adujo que los tribunales nacionales pueden encontrarse con dificultades cuando se trate de cuestiones como las relativas al daño al medio ambiente, por lo cual entre los elementos que el proyecto de protocolo del Convenio de Basilea, ya mencionado, propone que para la evaluación de los costos de limpieza y de las medidas de respuesta, así como para la apreciación del daño ambiental, debería considerarse un enfoque internacional como, por ejemplo, que los tribunales nacionales fueran asistidos por un cuerpo técnico internacional asesor, que sería consultado sobre una base opcional o compulsoria (art. X, párr. 28, apart. a)⁴⁵.

106. El Relator Especial ve dos alternativas en relación con el recurso a los tribunales nacionales y considerando que el actor es un Estado: *a*) establecer en los artículos la competencia de dichos tribunales, asistidos o no en la forma indicada al final del párrafo anterior; o *b*) la creación de un foro único para todas las disputas, tanto entre Estados entre sí como entre particulares y Estados o entre particulares entre sí: una comisión de reclamaciones en la línea de la propuesta de los Países Bajos en el Comité Permanente del OIEA. La propuesta de los Países Bajos contempla los diversos enfoques para obtener indemnización por daño nuclear originado en el exterior y considera la responsabilidad civil del explotador de una instalación nuclear invocada por: *a*) particulares o Estados por los daños sufridos, o *b*) un Estado en representación o como subrogante de individuos por daños que éstos sufrieron. Las ventajas que tendría un foro único constituido por un tribunal del estilo de una comisión internacional de reclamaciones serían:

a) El registro de todos los reclamos en un mismo lugar, lo que permitiría tener una visión de conjunto;

⁴⁵ Grupo de Trabajo constituido de expertos jurídicos y técnicos encargados de elaborar los elementos a incorporar en un Protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización en caso de daños causados por los movimientos transfronterizos y la eliminación de desechos peligrosos y de otros desechos (véase nota 11 *supra*).

b) El uso de la misma noción de «incidente» y de «daño nuclear» que puede dar lugar a compensación;

c) Los mismos plazos dentro de los cuales las demandas por daños deben presentarse;

d) Las mismas causales de exención;

e) Las mismas formas de compensación pagadas por las mismas fuentes hasta un cierto tope máximo dentro de un sistema de distribución equitativa.

107. En la propuesta que se comenta, que trata de la responsabilidad por los daños nucleares, el tribunal se establecería después de producido un incidente y consistiría en un número de árbitros designados por el Estado de la instalación, igual número por el Estado actor o Estados actores y un número de árbitros designados por acuerdo entre el Estado de la instalación y el Estado actor o Estados actores. Debería tratar demandas de individuos y/o de Estados dirigidas contra el explotador o demandas de Estados víctimas contra el Estado de instalación. El mecanismo propuesto posibilitaría la utilización de ambos sistemas: la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva del Estado. Los Estados cuya responsabilidad podría llegar a estar comprometida podrían declarar (por ejemplo en el momento de la firma o ratificación del correspondiente instrumento internacional) que reconocen la competencia del tribunal para las demandas incoadas contra el Estado demandado (y no contra el explotador), ya sea por el Estado actor (o Estados actores) *solamente* o también por particulares. El carácter *internacional y judicial* del tribunal permitiría un arreglo justo e imparcial de los reclamos, incluso entre Estados.

108. Consciente de que tal propuesta encontró alguna resistencia entre los Estados miembros del Comité Permanente del OIEA, por renuencia de los Estados a someter sus disputas obligatoriamente a ese foro, el Grupo de Trabajo que estudia la formulación de un protocolo de responsabilidad para el Convenio de Basilea sugirió retomar para su proyecto la idea de una Comisión de Reclamaciones pero con una variante: dejar que el Estado de origen, o sea el Estado eventualmente *demandado*, tenga la opción de pedir, luego de producido un incidente, el establecimiento de la comisión de reclamaciones como foro único.

4. PARTICULARES DAMNIFICADOS CONTRA PARTICULARES RESPONSABLES

109. Es el caso de la responsabilidad civil, para la cual son plenamente competentes los tribunales nacionales.